



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 26 / 05 / 06
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10875.002771/2001-95
Recurso nº : 125.005
Acórdão nº : 203-10.303

Recorrente : CONFECÇÕES ZOPA LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

MINISTÉRIO DA FAZENDA
2º Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 03/10/05
VISTO

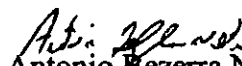
PIS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Na forma do § 1º do art. 150 do CTN, a extinção do crédito tributário se dá com o pagamento do crédito, sob condição resolutória. **REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA.** Extingue-se em cinco anos, contados da data da extinção do crédito e do pagamento indevido, o prazo para pedido de compensação ou restituição de indébito tributário.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **CONFECÇÕES ZOPA LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso para afastar a decadência em face de o pedido ter sido apresentado após cinco anos da extinção do crédito. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Cesar Piantavigna e Roberto Velloso (Suplente) que votavam pela tese dos dez anos. A Conselheira Sílvia de Brito Oliveira votou pelas conclusões.

Sala das Sessões, em 08 de julho de 2005.


Antonio Bezerra Neto
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Emanuel Carlos Dantas de Assis e Valdemar Ludvig.

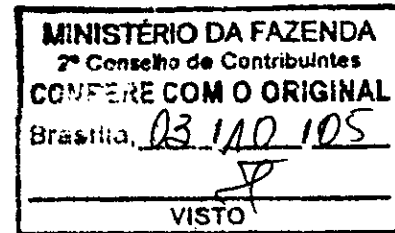
Ausente, justificadamente, o Conselheiro Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
Eaal/inp



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10875.002771/2001-95
Recurso nº : 125.005
Acórdão nº : 203-10.303
Recorrente : CONFECÇÕES ZOPA LTDA.



RELATÓRIO

A empresa CONFECÇÕES ZOPA LTDA., em 29/08/2001, requereu o reconhecimento de direito a créditos no valor de R\$222.619,94, decorrentes de alegados recolhimentos a maior da contribuição ao PIS efetuados na forma dos Decretos Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais, nos períodos de julho de 1991 a abril de 1994. Pediu restituição e/ou autorização para compensar os referidos créditos.

Às fls 240/242, a DRF/Guarulhos - SP indeferiu o requerimento da contribuinte, em decisão assim ementada:

"Pedido de restituição/compensação - PIS

Decadência do Direito de Restituição / Compensação. O direito de pleitear Restituição / Compensação extingue-se com o decurso de prazo de 05 (cinco) anos contado da data do pagamento indevido ou a maior que o devido.

Improcedência da petição."

Devidamente cientificada, a contribuinte apresentou a Manifestação de Inconformidade de fls. 250/252, onde alegou que o seu direito à repetição do indébito não havia decaído, visto que o prazo decadencial para o exercício desse direito iniciava-se a partir da Resolução do Senado Federal nº 49/95 que retirou do mundo jurídico os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF.

A autoridade julgadora de primeira instância constatou que, mesmo se considerasse o termo inicial do prazo prescricional/decadencial de 05 anos como a data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 49/95, 10/10/1995, o pedido de repetição de débito em análise, protocolizado em 29/08/2001, estava prescrito/decaído; e indeferiu o pleito da interessada, resumindo sua decisão (doc. fls. 258/261) nos termos da seguinte ementa:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/07/1991 a 30/04/1994

Ementa: Manifestação de Inconformidade. Fundamentação.

Não tem eficácia a manifestação de inconformidade fundamentada em tese que em nada beneficia a contribuinte.

Solicitação Indeferida."

Inconformada com a decisão de primeira instância, a interessada, às fls. 265/272, interpôs recurso voluntário tempestivo a este Segundo Conselho de Contribuintes, onde trouxe novo argumento: que o seu direito à repetição do indébito não havia decaído, visto que o prazo decadencial para o exercício desse direito iniciava-se a partir da homologação do lançamento, ou seja, cinco anos após a ocorrência do fato gerador.

É o relatório.

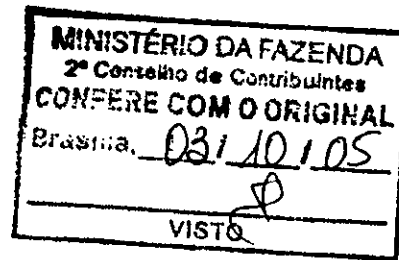


Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

Processo nº : 10875.002771/2001-95
Recurso nº : 125.005
Acórdão nº : 203-10.303



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ANTONIO BEZERRA NETO

O Recurso Voluntário é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Nas razões recursais a contribuinte traz novo argumento, não suscitado em primeira instância. Entretanto, a matéria apresentada em sede recursal tem natureza jurídica decadencial e, dessa forma, dela conheço de ofício.

Trata o presente processo de pedido de repetição de indébito tributário de alegados recolhimentos a maior da contribuição para o PIS, nos períodos de apuração de julho de 1991 a abril de 1994, efetuados na forma dos Decretos Leis nº 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF e retirados do mundo jurídico pela Resolução do Senado Federal nº 49/95.

No apelo apresentado a este Conselho a recorrente alegou que o seu direito à repetição do indébito não havia decaído, visto que o prazo decadencial para o exercício desse direito iniciava-se a partir da homologação do lançamento, ou seja, cinco anos após a ocorrência do fato gerador.

Desnecessário se faz a distinção entre prescrição e decadência, no caso do direito de repetir o indébito, quando este direito está claramente descrito em categorias jurídicos-positivas (arts. 165 e 168 do CTN). Não podemos nos afastar do fato de que, decadência e prescrição são, no dizer de Pontes de Miranda (Tratado do Direito Privado, vol. 6, p. 100) conceitos jurídicos positivos.

Sobre prescrição e decadência, a doutrina de Eurico Marcos Diniz de Santi nos ensina com muita propriedade, calcada na importância de um princípio basilar do Direito – A Segurança Jurídica (Decadência e Prescrição no Direito Tributário, 2ª edição, Ed. Max Limonad, págs. 276/277):

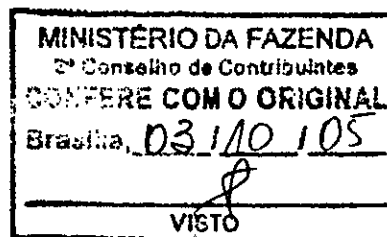
“A impossibilidade da ADIN reabrir o prazo da prescrição.

A máquina do tempo instalada no interior do direito não permite que seu operador navegue no passado que quiser, o passado do direito é repleto de cavidades obstruídas pelo fluir do tempo que se tornam inacessíveis pelo próprio direito. Quando tomado como fato jurídico, o tempo cristaliza a trajetória de posituação no presente consolida juridicamente o passado. No direito tributário, a segurança jurídica garante a consolidação do passado impondo ao Legislativo, que produz leis, o limite da irretroatividade da lei; ao Executivo, que produz atos administrativos, o limite da decadência e ao Judiciário, que produz sentenças e acórdãos, o limite da prescrição. A segurança Jurídica, portanto, promove a legalidade, garantindo o passado da lei, sem deixar assumir a trajetória da lei no presente e os seus efeitos, ainda que no futuro essa lei deixe de ser lei.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10875.002771/2001-95
Recurso nº : 125.005
Acórdão nº : 203-10.303



(...) acórdão em ADIN que declarar a inconstitucionalidade da lei tributária serve de fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, proporcionando a repetição do débito do Fisco somente se pleiteada tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição.

Descabe, portanto, justificar que, com o trânsito em julgado do acórdão do STF, a reabertura do prazo de prescrição se dá em razão do princípio do actio nata. Trata-se de petição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIN não faz surgir novo direito de ação, serve tão-só como novo fundamento jurídico para exercitar o direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito.

Respeitados os limites do controle da constitucionalidade e da imprescritibilidade da ADIN, os prazos de prescrição do direito do contribuinte ao débito do Fisco permanecem regulados pelas três regras que construímos a partir dos dispositivos do CTN."

O § 1º do Decreto nº 2.346/97, que consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, vincula a autoridade administrativa a decidir da seguinte forma, *verbis*:

"§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial." (grifei)

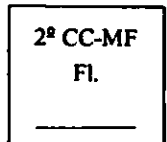
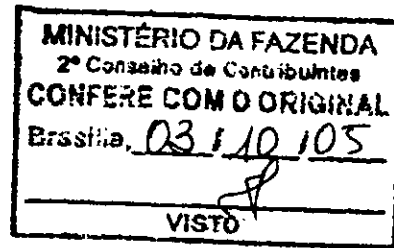
A declaração de inconstitucionalidade, no meu entendimento, mesmo com efeito *ex tunc* não pressupõe que o ato/norma não tenha existido, pois o que não é não necessita ser desfeito (desconstituído), precisamente porque nunca existiu, nunca foi. Inexistência é conceito próprio do mundo dos fatos, nunca do mundo jurídico. Vê-se então que a nulidade se dá no plano da validade e não no plano da existência, produzindo os seus efeitos naquele plano (validade) desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, "salvo se o ato não mais foi suscetível de revisão administrativa ou judicial", isso porque, o ato/norma inexistente seria sempre ineficaz, jamais convalescendo pela prescrição/decadência, o que não aconteceria com o ato/norma inválido(a), que seria eficaz enquanto não decretada a invalidade e poderia convalescer.

Diante desse quadro, fica fácil entender a Doutrina de Eurico de Santi, calcada acertadamente em princípio basilar ao direito - Segurança Jurídica -, quando diz que a tese da possibilidade da ADIN reabrir prazo de prescrição/decadência recai na falácia da petição de princípio, pois aquilo que se tem que provar primeiro (a não-convalescência do ato), toma-se logo por conclusão. Na verdade, o que o Acórdão em ADIN faz, no dizer de Eurico de Santi, é fazer surgir "novo fundamento jurídico para exercitar o direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito".



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10875.002771/2001-95
Recurso nº : 125.005
Acórdão nº : 203-10.303



De fato as normas gerais e abstratas que regem a decadência e a prescrição produzem regras individuais e concretas que veiculam, em seu antecedente, o fato concreto do decurso do tempo qualificado pela omissão do contribuinte e, por conseqüência, a extinção do direito de pleitear o débito. O tempo, nesse caso é destacado como fato jurídico, fazendo com que o ato ainda eficaz e produzindo os seus efeitos, seja desconstituído pela ação do tempo no direito antes que a declaração de inconstitucionalidade produza também os seus efeitos invalidando o ato. Isso porque, no magistério de Ricardo Lobo Torres (A Declaração de Inconstitucionalidade e a restituição de tributos, p.99): “*O controle de legalidade não é absoluto, exige respeito do presente em que a lei é vigente (...) No campo tributário, especificamente, isso significa que a declaração de inconstitucionalidade não atingirá a coisa julgada, o lançamento definitivo, os créditos prescritos (...)*”.

Se admitirmos a imprescritibilidade da ADIN, sem o rompimento do processo de positivação do direito pela decadência/prescrição, teríamos que também admitir como corolário disso o absurdo de que todos os direitos subjetivos são imprescritíveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF, disseminando-se, assim, sob o pretexto de se buscar a justiça, a total insegurança no direito, que é por sinal a maior das injustiças que o direito poderia permitir.

Dessa forma, não há como o administrador público afastar a prescrição/decadência na repetição de indébito tributário, mesmo quando a inconstitucionalidade for declarada depois da ocorrência desse fato jurídico, em face de tudo que foi dito alhures e das normas gerais e abstratas correspondentes a estes institutos estarem perfeitamente descritas em categorias jurídicos-positivas na figura dos arts. 165 e 168 do CTN, *verbis*:

Sobre a repetição de indébito dispõem os artigos 165, I e 168, I, do CTN, *verbis*:

“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;”

“Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

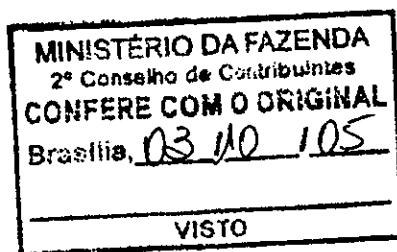
I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;”(grifei)

Releva ressaltar para os adeptos da “tese dos cinco mais cinco anos” que o § 1º do artigo 150 afirma que no lançamento por homologação o pagamento extingue o crédito tributário, por condição resolutória de ulterior homologação. Essa condição não descaracteriza a extinção do crédito no momento do pagamento do tributo, pois não impede a eficácia imediata do ato produzido. Aliás, tal aspecto foi ratificado pela Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, que definiu, em seu art. 3º, o momento da ocorrência da extinção do crédito tributário.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10875.002771/2001-95
Recurso nº : 125.005
Acórdão nº : 203-10.303



“Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Portanto, não há como se aceitar a tese de que no lançamento por homologação a extinção do crédito tributário se dá com a sua homologação, seja pelo decurso de prazo de cinco anos ou por ato da autoridade administrativa.

Outrossim, o art. 173, I não poderia ser utilizado para os defensores daquela tese, pois o que se homologa não é o pagamento, mas sim a atividade, logo a falta do pagamento não enseja que se saia do escopo do art. 150, § 4º (lançamento por homologação) para adentrar a seara do lançamento de ofício (art. 173, I), numa interpretação sistemática totalmente incoerente.

CTN

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
(...)” (grifei)*

Como se não bastassem essas falhas, a sobredita tese ainda recai em outro equívoco maior: ao interpretar o art. 173, I, tomou a expressão “poderia” como “poder-que-não-pode-mais”, como função demarcadora do prazo decadencial. Esqueceu-se o intérprete que “poder” não é conduta, é modalizador de conduta, imprestável, portanto, para ser demarcador do prazo decadencial. O intérprete deveria no caso ter tomado como conduta o primeiro momento que se “poderia lançar”, e não a perda do poder de lançar (último poderia), acarretando ainda um outro equívoco, qual seja, o desencadeamento do fenômeno da recursividade infinita. Pois, nada impede de a perda de poder sempre se instale novamente no antecedente da norma como hipótese para o surgimento de novo poder (173, I), em prazo subsequente, de forma que, ao cabo dessa “nova” competência, se dá novamente outro poderia, que outra vez, faz iniciar prazo para lançar e assim *ad eternum*. O absurdo e a insegurança no direito se instala, justamente o que a decadência e a prescrição desejam evitar.

Assim, concluo que o termo inicial para contagem do prazo prescricional/decadencial de cinco anos para repetição do indébito tributário é a data da extinção do crédito tributário (pagamento indevido).

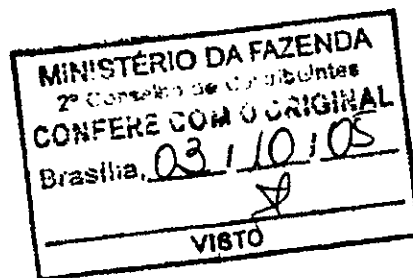
Cabe salientar, ainda, para aqueles que entendem que a decadência, *in casu*, se daria apenas cinco anos após a Resolução do Senado, que nem mesmo essa hipótese se prestaria para dar guarida à pretensão da recorrente, no caso concreto, vez que ela somente entrou com o pedido (29/08/2001) mais de cinco anos após Resolução do Senado nº 49/95.

Pelo exposto, considerando que a contribuinte protocolizou seu pedido de repetição em 29/08/2001 (doc. fl. 01), e os pagamentos efetuados antes de 29/08/1996 compõem todo o escopo de seu pedido (recolhimentos de julho de 1991 a abril de 1994), não podem ser



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10875.002771/2001-95
Recurso nº : 125.005
Acórdão nº : 203-10.303



restituídos e/ou compensados, por estarem prescritos/decaídos, e, portanto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 08 de Julho de 2005


ANTONIO BEZERRA NETO